

# **Détachement et fraude à la loi**

## **- Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe -**

Etienne Pataut  
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université de Paris 1)

Le détachement de travailleurs salariés dans l'Union européenne est une difficulté dont l'importance politique se révèle progressivement depuis deux décennies.

La question est, tout d'abord, d'une ampleur statistique mal mesurée mais, semble-t-il assez faible, les chiffres disponibles, largement sujets à caution, semblant montrer que l'hypothèse du détachement ne concerne qu'une faible part de la population active<sup>1</sup>. Elle peut, ensuite, apparaître juridiquement mineure, puisque seule est en cause ici la question de la détermination du rattachement d'un salarié à un ordre juridique précis, celui du pays d'envoi ou celui du pays d'accueil. Question purement technique de droit international privé, donc, que celle du choix d'une loi applicable.

L'importance politique de la question du détachement, pourtant, dépasse largement ces remarques préliminaires. Celle-ci s'insère dans un vaste processus d'ouverture des frontières européennes et de développement des libertés de circulation, ouvrant la porte à une concurrence entre systèmes sociaux qui ne laisse pas d'inquiéter largement au-delà de la réalité statistique, comme a pu le montrer, vu de France, l'irruption dans le débat public de l'étrange et nauséabonde figure du plombier polonais.

D'une façon générale, il est vrai, le modèle de mobilité des travailleurs qui est sous-jacent à la règle de conflit de lois tant en matière de protection sociale (Règlements 1408/71 et désormais 883/2004) qu'en matière de droit du travail (Règlement 593/2008 dit Rome 1), est celui de l'intégration sinon définitive, en tout cas de long terme du travailleur dans la collectivité qui l'accueille. C'est bien l'immigration de travail qui est d'abord en cause. Une telle intégration implique l'application de la loi du lieu d'exécution du travail, qui déterminera à la fois le régime juridique du contrat de travail et celui des prestations sociales. Les innombrables avantages à l'application de cette loi ne sont plus à établir<sup>2</sup>. Les exigences fondamentales de la cohésion sociale d'un Etat impliquent que les règles de droit du travail de cet Etat soient applicables à la totalité des travailleurs sur ce territoire, et expliquent que ces règles soient très fréquemment impératives. La prédominance de l'Etat du lieu d'exécution du travail justifie donc que

---

<sup>1</sup> V. les chiffres proposés et discutés par la Commission européenne : Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131 Final, du 21 mars 2012, p. 6. L'étude estime qu'environ un million de travailleurs sont détachés chaque année au sein de l'Union européenne, soit 0,4% de la population en âge de travailler.

<sup>2</sup> V. p. ex. P. Rodière, *Droit Social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, n° 534.

l'applicabilité de ses règles ne fasse guère de doute, en matière de droit du travail comme de protection sociale.

Mais cet ordonnancement se brouille lorsque sont en cause des salariés qui, intrinsèquement, sont mobiles et présentent donc des rattachements avec plusieurs Etats. Les travailleurs des transports, par exemple<sup>3</sup>, ou, surtout, les travailleurs détachés se rattachent en effet simultanément à plusieurs ordres juridiques qui, tous, d'une façon ou d'une autre, peuvent avoir vocation à imposer l'application de leurs propres règles. La question de droit international privé est ici assez classique : elle consiste, face à une situation plurilocalisée, à peser les différents éléments de rattachement pour en trouver le plus pertinent afin de désigner la loi applicable. Mais la neutralité de cette réponse technique est ici totalement insuffisante, car elle doit tenir compte des objectifs substantiels de l'Union : assurer la libre circulation des travailleurs. Au-delà de la seule opération de localisation, la difficulté, dès lors, est de trouver le point d'équilibre entre les volontés contradictoires de l'Union de faire respecter les exigences de la libre circulation, des Etats de faire respecter les principes fondamentaux de leurs systèmes sociaux et des particuliers de se placer sous l'empire des règles les plus avantageuses<sup>4</sup>. L'extrême difficulté à concilier ces intérêts explique largement la grande attention doctrinale dont a fait l'objet la question du détachement de travailleurs salariés.

En droit de l'Union, la recherche de ce point d'équilibre a conduit à l'adoption de la directive 96/71 qui, après des décisions de la Cour de justice en ce sens<sup>5</sup>, a permis en substance à l'Etat d'accueil d'imposer l'application de ses lois à titre de loi de police dans un certain nombre de matières données, à l'encontre de la loi du lieu d'exécution habituel normalement applicable<sup>6</sup>. La directive de 1996 a eu l'avantage pratique de faire cesser un important débat sur la possibilité ou pas d'imposer l'application des règles de l'Etat d'accueil face à l'applicabilité de principe de celles de l'Etat d'origine ; en donnant une liste des matières concernées, elle mettait fin aussi à un vaste débat théorique sur l'identification de ces lois de police.

Malgré son importance, ce texte n'a toutefois pas mis fin à toutes les difficultés mises en pleine lumière par les cours nationales et surtout européennes. La tant commentée série jurisprudentielle de la Cour, *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Commission c. Luxembourg*<sup>7</sup>, a tout particulièrement isolé deux questions : celle des liens entre action collective et liberté de circulation, d'une part, celle des liens entre les conventions collectives et le détachement de travailleur, d'autre part. Les faits d'un certain nombre de ces arrêts (*Viking* et *Laval*, tout particulièrement) ont aussi permis de pointer les comportements contestables de

---

<sup>3</sup> Qui ont donné lieu aux premières difficultés d'interprétation de la règle de conflit de l'article 6 de la Convention de Rome (Article 8 du règlement Rome 1) dont ait été saisie la Cour de justice : CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch*, *Europe* 2011. 205, obs. L. Idot, *Rev. Crit.* 2011. 447, note F. Jault-Seseke, *RTDCiv.* 2011. 314, obs P. Rémy-Corlay, *D.* 2011. Pan. 2438, obs. L. d'Avout, *Clunet* 2012. 187, note C. Brière et CJUE, 15 décembre 2011, aff. C-384/10, *Voogsgerd*, *RDT.* 2012. 115, obs. F. Jault-Seseke, *Rev. Crit.* 2012. 648, note E. Pataut, *Dr. Soc.* 2012. 315, obs. P. Chaumette

<sup>4</sup> Sur les intérêts pris en charge par la règle de conflit de lois en matière de détachement, v. déjà M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. Crit. DIP.* 2008. 781.

<sup>5</sup> Sur lesquels v. P. Rodière, *op. cit.*, n° 562 et s.

<sup>6</sup> L'article 8§2 du règlement Rome 1 qui désigne comme applicable au contrat de travail la loi du lieu d'exécution de celui-ci ajoute que « Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

<sup>7</sup> Soit, respectivement : CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06.

certaines employeurs, qui se placent délibérément sous l'empire de lois sociales moins favorables dans l'objectif d'en tirer un avantage économique et, partant, compétitif. Ces arrêts ont suffisamment été commentés et critiqués pour se dispenser d'y revenir. Outre diverses réactions politiques, notamment de la part de syndicats qui y ont vu — à juste titre — une atteinte au droit de mener une action collective et à l'applicabilité des conventions collectives lorsque celles-ci ne sont font pas l'objet d'un mécanisme d'extension à la française, ces décisions ont entraîné une réaction du législateur européen.

Après avoir identifié les difficultés principales<sup>8</sup>, puis commandé une importante étude comparative<sup>9</sup>, la Commission a proposé deux textes différents.

Le premier portait spécifiquement sur le droit de mener une action collective. Il s'agissait de la proposition dite « Monti 2 »<sup>10</sup>, qui était très courte et visait essentiellement à abandonner la manière de hiérarchie entre libertés de circulation et droit fondamental à mener une action collective qui résultait de la jurisprudence de la Cour de justice. Le principe de subsidiarité aura toutefois eu raison de cette proposition. Le Sénat français a en effet, en application de l'article 5 §3 TUE, adopté une résolution, bientôt suivie par plusieurs autres Parlements, selon laquelle cette proposition portait une atteinte excessive au principe de subsidiarité<sup>11</sup>. Cette solution a conduit la Commission à retirer purement et simplement le texte<sup>12</sup>. Quoique vigoureusement critiquée, la solution antérieure est donc maintenue, sauf éventuelle évolution de la Cour de justice qui n'est bien évidemment pas à exclure<sup>13</sup>.

Le deuxième texte est, lui, toujours sur la table et vient de faire l'objet d'un important accord politique au Conseil<sup>14</sup>. Il s'agit d'une proposition originale, puisqu'elle vise à faire adopter une directive portant sur l'exécution de la directive détachement<sup>15</sup>. Ce projet est certes moins ambitieux que l'on aurait pu l'espérer. Il ne dit rien, tout d'abord, de l'épineuse question de l'applicabilité des conventions collectives non étendues, qui reste donc largement irrésolue, malgré les difficultés récurrentes qu'elle suscite. Plus

---

<sup>8</sup> Communication de la Commission, « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », COM (2006) 159 du 4 avril 2006 ; v. aussi la Recommandation de la Commission du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services, *JOUE* n° L. 8 du 13 janvier 2009, p. 26.

<sup>9</sup> A. van Hoek et Mijke Houwerzijl, « Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union », Etude pour la Commission européenne du 21 mars 2011, VT/2009/0541 ; auquel il faut ajouter une étude complémentaire en novembre 2011 des mêmes auteurs : VC/2011/0096.

<sup>10</sup> Commission Européenne, « Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services », COM (2012) 130 final du 21 mars 2012.

<sup>11</sup> D. Simon, « Première application effective de la procédure du 'carton jaune subsidiarité' », *Europe* 2012. Repère, n° 7.

<sup>12</sup> *JOUE*, n° C 109 du 16 avril 2013, p. 7–8.

<sup>13</sup> Sur cette évolution, v. not. M. Gardenes Santiago, « Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre de prestations de services : un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur », *Mélanges Molinier*, LGDJ, 2012, p. 255.

<sup>14</sup> V. sur cet accord, le Communiqué de presse de la Commission du 9 décembre 2013 : « Emploi: la Commission se félicite de l'accord intervenu au Conseil sur l'exécution de garanties en matière de détachement de travailleurs » IP/13/1230

<sup>15</sup> Commission européenne, « Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services », COM (2012) 131 final, du 21 mars 2012.

largement, il ne modifie pas en profondeur les termes mêmes du débat, puisque le choix a été fait de laisser la directive détachement en l'état pour lui préférer une seconde directive portant sur la mise en œuvre de la première. Il permettra peut-être pourtant, quelques avancées.

Les premières — sans doute, en pratique, les plus importantes — sont celles qui résulteront de l'approfondissement de la coopération entre Etats. Le projet de directive, encore renforcé sur ce point par l'accord politique trouvé au Conseil, prévoit en effet différents mécanismes d'accès à l'information (Chapitre II du projet de directive) et de coopération administrative (Chapitre III), y compris dans les mesures d'exécution des sanctions administratives qui pourrait résulter du non respect des dispositions de la directive (Chapitre VI). La sous-traitance étant l'un des vecteurs de contournement des obligations posées par la directive de 1996, des mécanismes de responsabilité solidaire, notamment dans le secteur de la construction, ont encore été mis en place.

Les secondes, sur lesquelles on voudrait s'arrêter ici quelques instants, sont plus diffuses et participent de la volonté de lutter contre la fraude en matière de détachement. Les exemples jurisprudentiels abondent en effet aujourd'hui qui établissent les comportements opportunistes d'employeurs qui profitent des libertés de circulation pour se placer sous l'empire de lois sociales peu contraignantes. Parfaitement légale en elle-même, cette habileté devient frauduleuse lorsqu'elle aboutit à des montages dont l'objectif unique est de détourner les lois sociales qui devraient avoir vocation à s'appliquer. Pourtant, si la difficulté est bien identifiée, y remédier est plus difficile. Une possibilité aurait été de passer par le chemin du droit substantiel, notamment en précisant la notion même de détachement, encore étonnamment imprécise (I). Cette voie s'avérant sans doute trop délicate, il lui a été préféré la voie du droit international privé : celle d'un encadrement par des critères de localisation de l'opération, visant à sanctionner la fraude à la loi (II).

## **I. La voie substantielle ou l'impossible définition du détachement**

Ni le règlement Rome 1, ni la directive de 1996 ni le règlement 583/2004 ne définissent de façon absolument claire le détachement de travailleurs salariés. L'article 8 du règlement contrat ne pose aucune définition, l'article 12 du règlement sécurité sociale utilise une périphrase un peu vague et les articles 1§3 et 2§1 de la directive détachement d'une part décrivent l'opération de détachement, d'autre part, définissent le travailleur détaché. Ces textes et définitions sont bien entendu des guides importants. Il n'en laissent pas moins subsister de grandes incertitudes, déjà remarquées et critiquées<sup>16</sup>, qui peuvent favoriser une certaine manipulation de la part des employeurs. Toutes les incertitudes, cela étant ne sont pas inégalement condamnables. Celle relative à l'écoulement du temps paraît en effet justifiable (A), celle relative au flou qui entoure la définition de l'opération elle-même paraît en revanche plus contestable (B).

---

<sup>16</sup> v. A. van Hoek et M. Houwerzijl, « 'Posting' and 'Posted workers' : the need for clear definition of two key concepts of the posting of workers directive », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012. 419, spéc. pp. 426 et s..

## A. L'écoulement du temps

Il est de l'essence même de la notion de détachement que d'être temporaire. La complexité juridique du détachement vient précisément de ce qu'un travailleur exerce son activité sur le territoire d'un Etat pendant une brève durée uniquement. Cette durée, dès lors participe bien de la définition même de la notion. Mais quelle durée ? Un rapide tour d'horizon des textes de droit du travail permet de constater qu'il n'est guère possible d'être plus précis.

Ainsi, la directive détachement définit le travailleur détaché à l'article 2§1 en affirmant que :

« Aux fins de la présente directive, on entend par travailleur détaché, tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement. »

Le règlement Rome 1, pour sa part, n'est pas plus explicite. Après de nombreuses hésitations, il a finalement été décidé de ne pas préciser la formulation de l'article 6 de la Convention de Rome, devenu article 8 du règlement Rome 1 qui ne parle que du travailleur qui « accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

Seul le 36<sup>e</sup> considérant précise un peu les choses, mais sans limite fixe, en affirmant que :

« L'accomplissement du travail dans un autre pays devrait être considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger ».

La durée n'est donc nullement précisée, c'est au contraire un critère qualitatif, l'esprit de retour du salarié qui devrait caractériser le caractère temporaire du détachement.

Les règles nationales de transposition, pour leur part, ne sont généralement pas plus précises<sup>17</sup>, à l'instar des articles L. 1262-1 et suivants du code du travail, qui ne fixent aucune limite temporelle.

Les règles en matière de durée du détachement sont donc extrêmement vagues.

L'enjeu, pourtant, est essentiel, à deux titres. Sous l'angle du droit international privé, tout d'abord, il fixe le moment où l'on passe du détachement (qui conduit au maintien de l'application de la loi d'origine) à l'expatriation, qui entraîne l'application de la loi du pays d'accueil. Sous l'angle du droit de l'Union, ensuite, il fixe le régime juridique de la libre circulation, l'expatriation étant réalisée sous les auspices de la libre circulation des travailleurs (article 45 TFUE), le détachement sous ceux de la libre prestation de services (Article 56 TFUE).

Dès lors, l'imprécision, en la matière, pose d'importants problèmes de sécurité juridique. C'est particulièrement évident en matière de droit international privé, puisque l'absence de certitude sur la qualification rejaira directement sur la loi applicable. Sous l'angle du droit de l'Union en revanche, il est vrai que l'extension considérable de la liberté de circulation des personnes réalisée par la citoyenneté européenne a largement aboli l'intérêt pratique de cette distinction entre détachement et expatriation, en reconnaissant, quelles que soient les conditions, à tous les citoyens un droit à la libre

---

<sup>17</sup> Pour un tour d'horizon des règles de transposition, v. A. van Hoek et M. Houwerzijl, « 'Posting' and 'Posted workers'... », *précité*, spéc. pp. 426 et s..

circulation. Elle demeure pertinente néanmoins pour les travailleurs des Etats tiers détachés au sein de l'Union européenne, qui ne bénéficient pas de la possibilité de circuler dans l'Union en application des règles de libre circulation des travailleurs (limitées aux ressortissants de l'Union), alors qu'ils doivent pouvoir passer d'un Etat membre à un autre en application des règles de libre prestation de services, dont le bénéficiaire est une entreprise de l'Union<sup>18</sup>.

Finalement, seul entre tous, le règlement 883/2004 pose des règles temporelles précises, en affirmant à l'article 12§1 que :

« La personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, *à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois* et que la personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne » (souligné par nous).

Ce délai peut-être critiqué, notamment en raison de sa longueur excessive. Il n'en a pas moins l'avantage d'être extrêmement précis. Faudrait-il transposer cette précision du droit de la sécurité sociale pour permettre de résoudre l'incertitude qui règne en matière de droit du travail ? Le projet de directive d'application, en tout cas, est muet sur cette question et ne revient nullement sur la définition même de l'opération de détachement. Ce silence ne paraît pas intolérable.

Il semble en effet que la différence entre le droit du travail et celui de la sécurité sociale puisse s'expliquer par des raisons propres à chacune de ces branches du droit. Le calcul des prestations sociales résulte de l'application de règles techniques qui doivent nécessairement et précisément être identifiées *ex ante* et qui prennent d'ailleurs la plupart du temps la forme de formulaires administratifs. Dans les termes du droit international privé, il en résulte que la prévisibilité est ici l'objectif principal, quitte à s'accommoder d'un rattachement un peu grossièrement déterminé. En matière de droit du travail, en revanche, la précision du rattachement reprend toute son importance, l'objectif étant prioritairement d'appliquer le droit du travail de l'Etat avec lequel le salarié présente effectivement les liens les plus étroits. Un tel objectif conduit à privilégier les critères qualitatifs, comme l'esprit de retour du salarié auquel fait référence le règlement Rome 1 ou la réalité des liens de rattachement que le salarié entretient avec l'Etat d'origine, d'un côté et l'Etat d'accueil, de l'autre. Une telle solution conduit dès lors à accepter une certaine souplesse dans l'appréciation des critères de détermination de la loi applicable, qui peut être déterminée *ex post*. Le prix d'une telle politique législative est celui d'une relative imprévisibilité dans les situations délicates ainsi qu'un risque occasionnel de disparité entre la situation de droit du travail et de droit de la sécurité sociale.

Elle a en revanche pour mérite de permettre la vérification effective et concrète de la réalité des liens qu'entretient le salarié avec le pays d'origine, d'une part, et le pays d'accueil, d'autre part. En effet, quoiqu'imprécise, la simple mention du caractère

---

<sup>18</sup> v. not. les condamnations prononcées contre les politiques restrictives à l'excès de certains Etats membres : CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-445/03 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-244/04 ; CJCE, 21 septembre 2006, *Commission c. Autriche*, aff. C-168/04 ; il est vrai que la Cour semble s'orienter aujourd'hui vers une solution un peu plus prudente, v. CJUE, 10 février 2011, *Vicoplus*, aff. C-307/09 (à propos de salariés de nouveaux Etats membres, pendant la période transitoire).

« temporaire » de l'activité n'en permet pas moins d'écarter des règles particulières du détachement toutes les hypothèses dans lesquelles les salariés, sous couvert de détachement, travaillent en réalité de façon permanente dans l'Etat d'envoi. A cet égard, cette exigence participe aussi de la lutte contre la fraude en matière de détachement, on y reviendra.

## B. Le contenu de l'opération

L'opération de détachement elle-même fait l'objet d'une définition un peu plus précise, donnée à l'article 1§3 de la directive 96/71. Selon ce texte,

« La présente directive s'applique dans la mesure où les entreprises visées au paragraphe 1 prennent l'une des mesures transnationales suivantes:

a) détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un État membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement

ou

b) détacher un travailleur sur le territoire d'un État membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement

ou

c) détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement. »

Cette définition envisage donc trois types différents de détachements, eux-mêmes repris aux articles L. 1262 – 1 et s. du code du travail.

La grande créativité dont ont pu faire preuve les employeurs en termes de montage de sociétés et d'optimisation fiscale et sociale conduit à estimer que cette description ne rend pas toujours compte de la réalité.

C'est surtout, l'une des conditions posées par la définition qui a posé des difficultés particulières d'application : celle du maintien de la relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur. Cette exigence, comme l'a rappelé la Cour de justice<sup>19</sup>, s'impose même en cas de détachement par une société d'intérim. Elle vise à s'assurer qu'il s'agit bien d'un détachement dans le cadre d'une prestation de services réalisée par l'entreprise d'envoi, et non d'autres modes de circulation des travailleurs, dont certains, comme le prêt illicite de main d'œuvre, sont parfois pénalement sanctionnés.

---

<sup>19</sup>CJUE, 10 février 2011, *Vicoplus*, aff. C-307/09.

Mais les exemples abondent de détachements en cascade, où le maintien de ce lien est en réalité purement illusoire et formel<sup>20</sup>. C'est particulièrement vrai dans la troisième hypothèse, celle où le détachement se réalise par l'intermédiaire d'une entreprise de travail intérimaire<sup>21</sup>. Dans ce cas, en effet, la prestation de service qui sert de support au détachement est la mise à disposition de main d'œuvre elle-même, l'opération de détachement et la prestation de services se confondent donc. Or, les exemples jurisprudentiels montrent en effet que se développent rapidement des entreprises de prêt de main d'œuvre de dimension véritablement européenne, susceptibles de profiter à plein de la concurrence entre législations. Une telle activité, en elle-même, n'a rien d'illicite, mais la libre prestation de services garantie dans l'Union européenne permet de lui donner une ampleur que les lois nationales endiguent avec difficultés<sup>22</sup>.

La solution, il est vrai, aurait pu venir d'un encadrement européen un peu plus rigoureux du travail intérimaire. Les résultats, toutefois, sont sur ce point assez décevants. La directive 2008/14 sur le travail intérimaire ne semble pas à même en effet de résoudre ces difficultés, d'une part parce qu'elle est assez décevante quant à son contenu, d'autre part parce qu'elle laisse aux droits nationaux le soin de définir la notion même de travailleur intérimaire<sup>23</sup>.

Dès lors, l'une des solutions certainement les plus intéressantes aurait été de préciser beaucoup plus clairement la façon dont ce lien entre l'employeur qui procède au détachement et le salarié doit être maintenu. Toute autre solution aurait par exemple pu conduire à contester la réalité du détachement, ou suspecter une fraude et, de ce fait, déclencher des poursuites, notamment pénales, dans l'Etat d'accueil. Rien de tel, pourtant, n'est prévu dans le projet de directive, sans aucun doute il faut le regretter<sup>24</sup>.

Malgré les inconvénients qui résultent d'une telle solution, il semble donc bien qu'une définition rigoureuse du détachement de travailleurs salariés ne soit pas à attendre à moyen terme.

La proposition de directive, pourtant, n'en cherche pas moins à éviter les éventuelles fraudes, mais, en utilisant des techniques non pas de droit substantiel mais de droit international privé. Faute de définir l'opération elle-même, il reste en effet possible d'essayer d'en encadrer les conditions de rattachement avec les pays d'envoi et d'accueil.

## **II. La voie du droit international privé ou le contrôle des liens de rattachement**

---

<sup>20</sup> V. par exemple, en matière de construction, F. Muller, « L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ? », *Droit Social*, 2012. 675 qui parle, à propos de la directive de 1996 d'un « modèle [de détachement] naïf qui s'avère dépassé et incapable d'endiguer les pratiques abusives » (p. 676).

<sup>21</sup> Sur la situation particulière de ceux-ci, v. JP. Lhernould, « L'articulation de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire avec la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », *RDT*. 2012. 315.

<sup>22</sup> V. F. Muller, « Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre : what else ? », *Droit Ouvrier* 2011. 447.

<sup>23</sup> S. Laulom, « La directive 2008/14 : avancées et limites de la protection des travailleurs intérimaires », *RDT*. 2012. 308.

<sup>24</sup> En ce sens, v. A. Defossez, « Commentaire et proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement », *RTDE*. 2013. 53, spéc. p. 62.



A dire vrai, la fraude en matière de détachement ne présente guère d'originalité aux yeux des spécialistes de droit international privé, qui voient là l'une des manifestations de la classique fraude à la loi, illustrée en son temps par les mésaventures conjugales de la Princesse de Bauffremont<sup>25</sup> : la volonté de se placer sous l'empire d'une loi plus favorable dans le but de profiter d'un avantage que ne confère pas la loi normalement applicable. Quoique déplacée du terrain du droit de la famille à celui du droit social et du conjoint à l'employeur, la démarche est exactement la même : manipuler le critère de rattachement pour obtenir l'applicabilité d'une loi plus favorable.

Mais les fraudes contemporaines sont aujourd'hui infiniment plus complexes<sup>26</sup>. En matière de détachement, la grande créativité dont ont fait preuve les employeurs pour profiter des avantages des libertés de circulation et pour échapper aux contraintes des législations nationales, établit clairement que la fraude ne résulte plus aujourd'hui de la seule manipulation du critère de rattachement de la règle de conflit de lois. Les montages raffinés, par lesquels, par exemple, une société établie dans un Etat embauchera des salariés domiciliés dans un autre Etat pour les faire travailler dans un troisième Etat, sont aujourd'hui légion, et l'exemple des compagnies aériennes *low cost* a montré combien les incertitudes sur le lieu d'exécution du travail pouvaient poser de difficultés quant à la détermination du régime juridique applicable à ces salariés<sup>27</sup>.

Il n'en reste pas moins que, fondamentalement, les objectifs de lutte contre la fraude restent les mêmes : s'assurer que la loi applicable correspond à la réalité de la situation juridique sous-jacente. Tel est bien l'objet de la proposition de directive d'application de la directive détachement, et particulièrement de son article 3<sup>28</sup>. Cet article, intitulé « prévention des abus et des contournements » a tout, en apparence, d'une règle substantielle, puisqu'il pose diverses exigences relatives au déroulement de l'opération de détachement. Il s'agit pourtant bien d'une règle de droit international privé, en ce sens que son objet est de procéder à une localisation fine de la situation dans le but de déterminer la loi applicable à la relation de travail. Le contrôle mis en place est en effet un contrôle localisateur, par lequel, plus précisément, deux liens seront évalués : celui qui unit l'employeur à l'Etat d'origine, d'une part (A), celui qui unit le salarié à l'Etat d'accueil, d'autre part (B).

#### A. L'employeur

Le premier de ces deux liens permet de s'assurer que l'employeur n'est pas fictivement établi dans un Etat, alors même que l'essentiel de son activité économique est réalisée dans un autre Etat. Une telle pratique n'est, en elle-même, pas illicite. Par une série d'arrêts célèbres, la Cour a en effet admis qu'une société réalise la totalité de son activité

---

<sup>25</sup> Civ., 18 mars 1878, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., n°6. La Princesse de Bauffremont, par une naturalisation de complaisance, s'était placée sous l'empire de la loi allemande pour obtenir un divorce que la loi française lui refusait.

<sup>26</sup> S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Trav. Com. Fr. DIP.* 2010-2012, p. 255.

<sup>27</sup> CE, 11 juillet 2007, *EasyJet Airlines Company Ltd et Sté Ryanair Ltd*, *Droit Social* 2007, 1159, concl. E. Prada Bordenave. Sur l'ensemble, v. not. P. Morvan, « Y a-t-il du droit français dans l'avion ? », *Droit Social*, 2007. 191 ; L. Gamet, « Personnels des aéronefs et lois sociales françaises : les compagnies *low cost* dans les turbulences du droit social français », *Droit Social*, 2012. 502.

<sup>28</sup> Sur lequel, v. déjà A. Defossez, *article précité*, *passim*.

économique dans un autre Etat que celui dans lequel elle immatriculée<sup>29</sup>. Il y a là, pour elle, une façon de profiter à plein des libertés d'établissement et de prestations de services que met en place le traité, et il ne saurait être reproché aux associés de se placer sous l'empire de la loi qui leur est la plus favorable. Pourtant, déjà controversée en matière de droit des sociétés, la solution deviendrait parfaitement inacceptable transposée au droit du travail. C'est ce qui justifie que l'existence de ces sociétés dites « boîtes aux lettres » soit si fréquemment contestée, y compris au plus haut niveau institutionnel<sup>30</sup>. Dès lors, l'absence de réelle activité économique dans le pays d'origine permettrait de mettre en doute la pureté des intentions ayant présidé à la décision d'établissement dans cet Etat.

C'est pour cette raison qu'en matière de protection sociale, un lien particulier est exigé entre l'employeur et l'Etat dans lequel il exerce en principe son activité. L'article 12 du règlement 883/2004, qui régit le détachement, ne parle certes que de l'employeur qui « exerce normalement son activité » dans un Etat membre. Mais cette expression un peu vague est nettement précisée dans le règlement d'application de 2009, dont l'article 14§2 pose un certain nombre de critères permettant de vérifier que la société exerce bien une activité réelle et n'est pas une simple boîte aux lettres<sup>31</sup>.

C'est ce modèle qu'entend suivre le projet de directive d'exécution. L'article 3§1 du projet prévoit en effet un contrôle rigoureux de la réalité de l'activité économique de la société, qui doit exercer une fonction autre que « celle relevant uniquement de la gestion interne ou administrative » et donne une liste de cinq critères permettant de vérifier la réalité de cette activité économique (implantation du siège, de l'administration centrale et domiciliation fiscale, lieu de recrutement des travailleurs détachés, droit applicable aux contrats conclus avec les salariés, lieu de l'activité commerciale et chiffre d'affaire réalisé dans l'Etat d'établissement).

La méthode est celle du faisceau d'indices : aucun indice, en soi, n'est suffisant et le poids à donner à chacun dépendra des particularités de l'espèce, en quoi la méthode est bien l'habituelle méthode de contrôle *in concreto* et au cas par cas de la fraude. Les critères, certes, sont bien des critères substantiels : la réalité de l'activité économique dans le pays d'origine. Mais la raison d'être de ces critères, elle, est localisatrice : vérifier que le rattachement au pays d'établissement de l'employeur n'est pas purement fictif. Derrière la règle matérielle, il y a donc bien une règle de droit international privé.

Reste la question de la sanction. Quelles conséquences attacher, en effet, à l'éventuelle découverte qu'une société n'exerce aucune activité économique dans le pays d'origine, à partir duquel elle est supposée détacher des salariés ? La sanction envisageable serait celle, classique en matière de fraude à la loi, consistant à changer la loi applicable<sup>32</sup>. La solution, toutefois, se heurte à un obstacle important : la détermination de la loi

---

<sup>29</sup> M. Menjucq, *Droit International et européen des sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2011, pp. 129 et s.

<sup>30</sup> V. la résolution du Parlement européen par laquelle celui-ci « demande aux EM et à la Commission de prendre des mesures pour lutter contre les abus, en particulier en ce qui concerne les activités des sociétés « boîtes aux lettres » qui n'exercent aucune activité véritable et effective dans le pays d'établissement mais ont été créées, parfois même directement par l'entrepreneur principal dans le pays d'accueil, à la seule fin d'opérer dans le pays d'accueil pour se soustraire à l'application pleine et entière des règles et réglementations de ce pays, notamment en ce qui concerne le salaire et les conditions de travail » (Résolution du PE sur les défis des conventions collectives dans l'UE, point 34, JOCE. N° C 15 E du 21 janvier 2010)

<sup>31</sup> Règlement 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE n° L. 284 du 30 octobre 2009, p. 1.

<sup>32</sup> V. sur ce point la discussion nuancée menée par A. Defossez, *article précité*, pp. 64 et s.

applicable dépend bien plus de la localisation du travail que de celle de l'employeur. La recherche des liens réels de l'employeur avec le pays d'origine est, dès lors, peut-être moins importante que celle des liens entre le salarié et le pays d'accueil.

Elle n'est pas totalement inutile, il est vrai. Placer le centre de gravité d'une société dans un Etat dans lequel elle est dépourvue d'activité économique réelle permet en effet de déclencher l'applicabilité des normes sociales de cet Etat lorsque la détermination du lieu d'exécution du travail est délicate, comme c'est parfois le cas en matière de détachement ou, plus largement, de travail mobile. Le siège de la société ou, ce qui revient le plus souvent au même, le lieu d'embauche est en effet un critère alternatif au lieu d'exécution du travail lorsque ce dernier ne peut être trouvé, tant en matière de droit du travail (règlement Rome 1, article 8§3) qu'en matière de protection sociale (règlement 883/2004, article 13§1 b). Même si ce critère, en tout cas en droit du travail, fait l'objet d'une interprétation restrictive<sup>33</sup>, il demeure que s'immatriculer fictivement dans un pays dans lequel la société n'a pas d'activité économique réelle fait basculer une partie du centre de gravité de l'employeur vers un système juridique dont les règles voient ainsi renforcées leur vocation à s'appliquer, sans même parler des difficultés pratiques d'enquête engendrées par cette établissement fictif pour les administrations nationales du travail.

Il reste que cette localisation de l'employeur n'est effectivement importante en matière de conflit de lois que dans des cas relativement marginaux. Dès lors, vu du côté de la fraude et contrairement à ce qu'une approche plus intuitive pourrait laisser penser, le problème des sociétés boîte aux lettres, c'est-à-dire le caractère fictif de l'immatriculation, n'est peut-être pas le plus important, en tout cas en termes de loi applicable. Si en effet le but de la lutte contre cette fraude est de permettre l'application de la loi qui devrait réellement avoir vocation à s'appliquer, alors le contrôle essentiel n'est pas celui de la localisation de l'employeur, mais bien celui de l'activité du salarié.

## B. Le salarié

C'est le point essentiel. Plusieurs fraudes en matière de détachement ont montré que les employeurs pouvaient à l'occasion manipuler les critères de rattachement pour tenter d'échapper aux règles de droit social les plus exigeantes. La première forme, sur laquelle on ne s'arrêtera pas, consiste à prévoir de nombreux lieux d'exécution du travail pour rendre compétentes les dispositions de droit social du siège de l'entreprise (que celle-ci soit elle-même fictive ou pas). Cette fraude, toutefois, se heurte à la résistance de la Cour de justice, dont l'interprétation extensive et protectrice de la notion de lieu d'exécution du travail en droit du travail a été confirmée pour la sécurité sociale dans le récent arrêt *Format*<sup>34</sup>. La correction du rattachement ici se fait par le travail judiciaire, qui vérifiera derrière les stipulations contractuelles plus ou moins approximatives la réalité de la localisation de la situation.

A côté de cette première forme, en existe une autre, qui consiste à faire entrer dans le régime du détachement des salariés qui, en réalité, n'exercent aucune activité dans le

---

<sup>33</sup> Cette interprétation restrictive du lieu d'embauche (et extensive du lieu d'exécution du travail), venue du conflit de juridictions, a été transposée au conflit de lois pour des raisons de protection des salariés, par les arrêts *Koelzsch* et *Voogsgerd*, cités *supra*.

<sup>34</sup> CJUE, 4 octobre 2012, *Format*, aff. C-115/11.

pays d'origine qui n'a, dès lors, d'origine que le nom. Cette fraude présente, pour celui qui s'y livre, deux avantages.

Le premier, peut-être le plus important en pratique, est de maintenir artificiellement pendant au moins deux ans un salarié sous le régime de protection sociale du soi-disant pays d'origine. Telle est en effet la règle en matière de sécurité sociale en application, comme on s'en souvient, de l'article 12§1 du règlement 883/2004. En raison des grandes divergences entre systèmes sociaux nationaux, l'avantage, en termes de coût pour l'employeur, est gigantesque. Supportable si cette situation correspond à une prestation réellement temporaire et, donc, aux simples nécessités de coordination de régimes de sécurité sociale différents, la solution devient très difficile à accepter si, en réalité, le rattachement au système de sécurité sociale du pays d'origine est purement artificiel.

Le second avantage, plus spécifique au droit du travail, est peut-être moins évident à caractériser. La directive détachement permet en effet en toute hypothèse d'imposer l'application des règles principales du pays d'accueil à titre de loi de police. Dès lors, détachement ou pas, le salarié se verra appliquer la plupart des normes fondamentales du droit de ce pays. La fraude pourrait de ce fait apparaître moins importante. Les affaires *Laval* et *Rüffert* ont toutefois montré à quel point la question pouvait être sensible s'agissant non pas des normes étatiques, mais des conventions collectives. La directive détachement prévoit en effet l'application impérative uniquement des normes étatiques et des conventions collectives « déclarées d'application générale » (article 3§1). Dès lors, comme l'a très bien montré l'affaire *Laval*, une immatriculation de la société à l'étranger permet d'échapper à l'application des conventions collectives lorsque celles-ci reposent sur une base consensuelle et non sur un mécanisme d'extension à la française. L'éviction des normes conventionnelles est d'autant plus efficace qu'il s'agit, par hypothèse, de salariés étrangers à l'Etat d'accueil et de ce fait moins susceptible que d'autres de s'intégrer aux mécanismes de défense collective des travailleurs qui se trouvent dans cet Etat.

La distinction entre le salarié réellement détaché et le salarié qui exerce, en réalité, une mission permanente sur le territoire de l'Etat d'accueil est donc essentielle. Pour ce faire, il faut donc contrôler la réalité du lien de rattachement entre le travailleur et l'Etat d'origine. Tel est bien l'esprit du règlement d'application en matière de sécurité sociale, dont l'article 14 §1 accepte qu'un salarié soit embauché dans le but d'être détaché, mais :

« à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'Etat membre dans lequel est établi son employeur ».

Le contrôle ici passe par la vérification de la loi applicable au précédent emploi. Implicitement, mais *a fortiori*, il faut sans nul doute en déduire que, en dehors de ce cas particulier, doit être analysé le lien entre le salarié et l'Etat d'origine dans toutes les situations de détachement. Ce contrôle, toutefois, demeure un peu flou.

L'article 3§2 du projet de directive d'exécution est, pour sa part, beaucoup plus précis. A nouveau, il prend plusieurs critères, qualitativement et quantitativement différents (la durée limitée, la localisation du lieu d'exécution habituel, l'esprit de retour, la prise en charge par l'employeur des frais de déplacement et le fait que le poste en question soit de façon répétée occupé par un travailleur détaché), dont la réalité doit être évaluée par le juge pour apprécier l'existence ou non d'une situation de détachement.

Les indices sont là encore purement objectifs. Pour cette raison, il ne s'agit pas d'une fraude au sens classique, comportant les trois éléments habituels (matériel, légal et intentionnel). Ce que véhicule cette proposition, c'est une mise en œuvre purement objective de la fraude, conduisant à apprécier non pas tant l'intention des acteurs, qui est indifférente, que la réalité du montage juridique pour vérifier si celui-ci entre bien dans le cadre de l'opération de détachement. En ce sens, la proposition est à mi-chemin entre une précision relative à la définition même du détachement et une disposition spécifique de lutte contre la fraude à la loi. En encadrant les conditions réelles de déroulement de l'opération de détachement, le texte précise avant tout ce qu'il faut entendre par « détachement » et — même si le titre de l'article y incite — ce n'est qu'implicitement qu'il est suggéré que ne pas se situer dans ce cadre est constitutif d'une fraude à la loi. Les conditions localisatrices de lien avec l'Etat d'origine constituent désormais un élément déterminant de la définition même du détachement. Ne pas les respecter, c'est bien faire naître le soupçon sur toute l'opération. C'est aussi pour cela que les dispositions prévues par le projet de directive permettent de se satisfaire d'une relative imprécision de la limite temporelle entre détachement et expatriation. En réalité, la question du déroulement du temps n'est que l'un des paramètres de l'opération de détachement, et seule la prise en considération de l'ensemble de ces paramètres peut restituer à l'opération sa véritable qualification et, partant, sa véritable loi.

Car tel est bien l'objectif de la disposition : imposer en cas de fraude l'application de la loi du véritable lieu d'exécution habituel du travail au sens de l'article 8 du règlement Rome 1 c'est-à-dire, en l'occurrence, celle de l'Etat d'accueil. Dans l'hypothèse du faux détachement, en effet, l'absence de lien avec l'Etat d'origine permet de se convaincre que le lieu d'exécution habituel du travail est bien le territoire de l'Etat d'accueil. Les règles de cet Etat, de droit du travail comme de droit de la sécurité sociale, deviennent donc applicables. Cette fois, la sanction de la fraude ne fait absolument aucun doute, il s'agira bien de corriger à l'aide de différents éléments un rattachement défectueux, parce que mensonger. Quoique purement matérielle, cette règle est donc bien une règle de droit international privé, en ce sens qu'elle permet de localiser une situation, et d'en déterminer la loi qui est applicable.

\*       \*

\*

Le projet de directive d'application de la directive détachement est, certes, beaucoup moins ambitieux que la révision générale qui aurait peut être été préférable. Ce projet laisse de côté de très importantes difficultés, notamment celle de l'application des conventions collectives. De même, en refusant d'entrer dans la définition même du détachement, il laisse ouvertes d'importantes possibilités de manipulation par les employeurs, notamment dans le cas des détachements en cascade ou de clauses de mobilité conduisant à une désintégration pure et simple du lieu d'exécution habituel du travail. On est donc loin d'un texte parfaitement satisfaisant.

Il n'en reste pas moins qu'en proposant d'encadrer les conditions de réalisation de l'opération de détachement, il participe de la lutte contre la fraude en la matière, dont l'urgente nécessité se fait sentir depuis plusieurs années. Plus largement, il montre que la théorie classique de la fraude à la loi du droit international privé, si fréquemment annoncée comme moribonde, peut servir les objectifs à la fois localisateurs de la règle de conflit et substantiels des droits sociaux nationaux. En cela, le projet contribue aussi à montrer que le dialogue entre règles de coordination et règles de fond continue à être méthodologiquement fécond et — on l'espère en tout cas — socialement utile.